

**REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**SENTENCIA Nº 83/2009**

Santiago, treinta de enero de dos mil nueve.

**VISTOS:**

1. Con fecha 11 de marzo de 2008, a fojas 7, la empresa Telmex Servicios Empresariales S.A. (en adelante Telmex) interpuso demanda en contra de Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. (en adelante Telefónica CTC), por supuesto abuso sistemático de procedimientos administrativos y judiciales ejecutados con el objeto de mantener o incrementar su posición dominante e impedir o al menos postergar el ingreso de una tecnología que compite directamente con el servicio público telefónico que ésta presta, fundando su acción en los antecedentes de hecho, económicos y de derecho, que a continuación se indican:

1.1. Señala que la tecnología denominada “WiMax” (del inglés *Worldwide Interoperability for Microwave Access*) constituye una forma rápida de entrar al mercado de telefonía local y al mercado de Internet de banda ancha, ya que una de sus ventajas es su despliegue más rápido que una tecnología de redes como la de par de cobre o fibra óptica y además porque cada estación base permite atender una demanda considerable de clientes. En este contexto, explica que si deseaba competir con Telefónica CTC, necesitaba contar con una red de acceso propia, con suficiente capilaridad para llegar a una gran cantidad de clientes y eficiente en bajas densidades, asegurando que la red WiMax cumple con ambos requisitos.

Según Telmex, para la implementación de esta tecnología, ha invertido un total -a la fecha de presentación de su demanda- de US\$ 23 millones, que se desglosarían en US\$ 15 millones en desarrollo de la red inicial de WiMax, US\$ 5 millones en terminales de abonados y US\$ 3 millones en expansiones de red.

Agrega que habiendo participado en el procedimiento de adjudicación de una concesión nacional de Servicio Público Telefónico Local Inalámbrico en la Banda

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

3.400-3.600 MHz para la operación de WiMax, ha sido objeto de una serie de actos de obstaculización por parte de Telefónica CTC, todos ellos bajo la apariencia de acciones judiciales, administrativas o recursos, pero que han sido ejercidos de manera abusiva con el evidente objetivo de perjudicar a Telmex e impedir, o al menos postergar, la entrada al mercado de esta nueva tecnología.

1.2. Señala que la Ley General de Telecomunicaciones (en adelante LGT) establece como obligación del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, llamar a un concurso público para otorgar concesiones o permisos para servicios de telecomunicaciones, en aquellos casos que exista una norma técnica publicada en el Diario Oficial que sólo permita otorgar un número limitado de concesiones o permisos, haciendo presente que el procedimiento administrativo regulado en la LGT, es uno de carácter bifásico, en el cual la primera fase la constituye el procedimiento de adjudicación y la segunda fase el procedimiento de reclamación.

Agrega que la LGT otorga a los que intervienen en el procedimiento de adjudicación antes explicado, dos vías para impugnar los actos administrativos del Ministro de Transportes y Telecomunicaciones: (i) una vía ante la propia autoridad administrativa, que es el recurso especial de reclamación; y (ii) otra que es un recurso contencioso-administrativo especial, mal denominado recurso de apelación, en virtud del cuál, la Itma. Corte de Apelaciones pasa a controlar los actos de la administración.

Con relación a lo anterior, señala que el legislador fue especialmente cuidadoso en: (i) incorporar como requisito previo a la interposición del recurso contencioso administrativo, el agotamiento de la actividad recursiva ante la autoridad administrativa -dado que el recurso ante la Itma. Corte de Apelaciones sólo se interpone en contra de la solicitud que rechaza el recurso de reclamación-; y (ii) establecer un mecanismo eficaz y rápido de control de la actividad administrativa, sujetando el recurso contencioso-administrativo a las normas de tramitación establecidas para el recurso de protección.

En este contexto, señala que el supuesto abuso de procedimiento atentatorio contra la libre competencia, ha sido cometido tanto a nivel de procedimiento administrativo, como a nivel contencioso administrativo.

1.3. A continuación, señala que el Sr. Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, por Resolución Exenta N° 1.548 de fecha 12 de diciembre

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

de 2005, asignó a Telmex la Concesión de Servicio Público Inalámbrico en la Banda de los 3.400 – 3.600 MHz y que contra dicha Resolución, con fecha 29 de diciembre de 2005, Telefónica CTC interpuso el recurso contencioso administrativo de reclamación de oposición previsto en la LGT. Asimismo, hace presente que el mismo día que Telefónica CTC interpuso el referido recurso de reclamación, dicha empresa dedujo una acción de nulidad de derecho público ante un juez civil, con el objeto de impugnar la Resolución Exenta N° 1.548.

1.4. Agrega Telmex que la oposición a la concesión intentada por Telefónica CTC, fue rechazada por el Sr. Ministro de Transportes y Telecomunicaciones con fecha 2 de Marzo de 2006, mediante la Resolución Exenta N° 178, de 2006, y que contra dicho acto administrativo, Telefónica CTC interpuso con fecha 15 de Marzo de 2006, en forma principal un recurso de casación en la forma, y sólo en subsidio, ejerció el recurso contencioso administrativo que la LGT contempla y que mal llama apelación.

Con respecto a lo anterior, señala que, en su opinión, desde el punto de vista del derecho administrativo y del derecho procesal, ningún litigante razonable podría sostener seriamente que un recurso jurisdiccional extraordinario como el recurso de casación en la forma, pudiese proceder en contra de una resolución de carácter administrativo. En este sentido, apunta que lo insostenible de la pretensión, unido a que Telefónica CTC cuenta con asesores altamente sofisticados en materia de litigios y derecho administrativo, no pueden sino concluir que el recurso de casación en la forma interpuesto, tuvo como único objeto retardar la tramitación del procedimiento administrativo y de esta manera retardar la incorporación de un nuevo actor al mercado con nueva tecnología.

Agrega Telmex que la presentación de este recurso de casación en la forma habría sorprendido al Sr. Ministro de Transportes y Telecomunicaciones e importó un retraso de casi dos meses en la tramitación del procedimiento administrativo, hasta que éste lo declaró improcedente, por Resolución Exenta N° 497 de fecha 19 de mayo de 2006. Junto con rechazar el referido recurso de casación en la forma, el Sr. Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, dio curso al recurso contencioso administrativo interpuesto en forma subsidiaria por la demandada, que en opinión de Telmex, era el único que legalmente procedía, según dispone la LGT.

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

1.5. Agrega que frente a la Resolución Exenta N° 497, que rechazó el recurso de casación en la forma, Telefónica CTC en vez de conformarse, interpuso con fecha 24 de mayo de 2006, ante la misma Subsecretaría de Telecomunicaciones (en adelante SUBTEL), un recurso de reposición con apelación en subsidio. En relación con lo anterior, apunta que de conformidad a lo dispuesto por la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de la Administración del Estado, contra los actos administrativos sólo proceden los recursos administrativos de reposición y jerárquico, por lo que quedaría en evidencia que nuevamente Telefónica CTC intentó introducir un recurso jurisdiccional civil ordinario, como lo es la apelación, que sólo resulta procedente respecto de determinadas resoluciones judiciales y no de actos administrativos.

Según explica Telmex, estos recursos fueron rechazados por medio de la Resolución Exenta N° 628, de fecha 9 de junio de 2006. Así, al momento de resolverse estos recursos, habían transcurrido aproximadamente 3 meses sin que la Iltrma. Corte de Apelaciones pudiera recibir el único recurso contencioso administrativo procedente y darle curso progresivo.

1.6. Señala a continuación que con fecha 15 de junio de 2006, habiéndose ya ingresado el expediente administrativo a la Iltrma. Corte de Apelaciones de Santiago, Telefónica CTC dedujo ante la autoridad administrativa un nuevo recurso de reposición, mediante el cual, insistió en los recursos procesales civiles rechazados, lo que motivó que el expediente fuera devuelto al Sr. Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, para que se resolviera tal recurso.

1.7. Asimismo, y en lo que sería una nueva demostración del patente deseo de obstruir o al menos dificultar la pronta resolución del proceso contencioso administrativo, Telefónica CTC planteó una reposición, con fecha 7 de julio de 2006, en la que solicitó a la Iltrma. Corte de Apelaciones de Santiago que no se admitiera que el Consejo de Defensa del Estado, a través del abogado señor Pedro Pierry, asumiera la representación del Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, argumentando que este último habría actuado como juez de primera instancia y que en consecuencia *“el juez de la causa nunca puede ser considerado, además, como parte del proceso”*. Tal pretensión fue rechazada por la Iltrma. Corte de Apelaciones, pero habría importado un nuevo atraso, en una causa que se debía seguir por las normas del recurso de protección.

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

1.8. Posteriormente, Telefónica CTC presentó un recurso de hecho en contra de la Resolución Exenta N° 628 de 9 de junio de 2006, que rechazó los recursos de apelación deducidos contra el acto administrativo que declaró, a su vez, improcedente el recurso de casación en la forma antes señalado. En este proceso Telefónica CTC también intentó evitar que el Consejo de Defensa del Estado representara al Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, lo que habría producido una dilación en el recurso de hecho.

Lo anterior se vería agravado por el hecho que Telefónica CTC solicitó la acumulación del contencioso administrativo al recurso de hecho, que tiene una tramitación más lenta. Finalmente la Illtma. Corte de Apelaciones de Santiago rechazó la solicitud de acumulación.

1.9. Agrega Telmex que, paralelamente al proceso contencioso administrativo, Telefónica CTC interpuso una demanda de nulidad de derecho público, en contra del Oficio Ordinario N° 30.243, de 14 de enero de 2000 y la “nulidad consecuencial” de la Resolución Exenta N° 1.548, de 12 de diciembre de 2005.

En opinión de la demandante, el carácter abusivo de esta acción quedaría en evidencia por las siguientes razones: (i) en una acción de interés evidentemente fiscal, en que el sujeto pasivo de la misma es por antonomasia del Fisco de Chile, Telefónica CTC solicitó en términos vagos e imprecisos que se pusiera en conocimiento de su demanda a Telmex, lo que sería indiciario de que lo que Telefónica CTC buscaba con la interposición de la nulidad de derecho público, era afectar el procedimiento administrativo de adjudicación y establecer una condición de incerteza respecto de la concesión obtenida por Telmex; (ii) dentro del marco del procedimiento administrativo licitatorio de la concesión nacional para prestar servicios público telefónico inalámbrico en la banda de frecuencia 3.400-3.600 MHz, se presentó una oposición de igual tenor a la nulidad de derecho público que se encontraba conociendo el Juez de Letras en lo Civil; (iii) Telefónica CTC tramitó la causa a un ritmo muy lento y pausado, a tal punto que entre la fecha de interposición de la demanda y de contestación de la misma por parte del Fisco trascurrieron casi 9 meses; y (iv) con fecha 23 de enero de 2007, frente a la contestación del Fisco y a fundadas imputaciones de ocultamiento de información, y de que el proceso no era más que una fachada para impedir que Telmex ingresara al mercado, Telefónica CTC se desistió incondicionalmente de su acción.

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

1.10. Señala Telmex que el abuso de procedimientos y recursos en que incurrió Telefónica CTC, se tradujo en una demora significativa, de más de un año, en la adjudicación definitiva de la concesión de servicio público telefónico inalámbrico, con la consecuencia que Telmex estuvo impedido de materializar las inversiones a la misma, lo que habría introducido serias distorsiones que afectaron la libre competencia.

1.11. A continuación señala que son dos los mercados relevantes de producto afectados por las conductas de Telefónica CTC, a saber: (i) el servicio público telefónico; y (ii) el servicio de Internet de Banda Ancha, siendo especialmente relevante el hecho que Telefónica CTC participa en ambos mercados y ostenta una manifiesta posición de dominio. Con respecto al mercado relevante geográfico, señala que este corresponde a todo el territorio nacional.

1.12. Respecto al mercado del servicio público telefónico, señala que tradicionalmente ha sido una industria muy concentrada, con escasos operadores.

Agrega que de la antigua y remota posibilidad de una telefonía inalámbrica con carácter de servicio público, se ha pasado a un estado actual en que esta situación es perfectamente posible desde hace unos años con la irrupción de la tecnología WiMax, que, por sus características técnicas, su movilidad y la posibilidad de transmisión de voz, datos e imagen constituyen un sustituto de la telefonía, considerándose que tiene incluso un potencial para ser, en el largo plazo, un potencial sustituto de la telefonía celular.

Por su parte, respecto al mercado de la banda ancha, señala que rápidamente el estándar de WiMax ha pasado a ser un sustituto de ésta, como el principal desafiante de las redes de pares de cobre y coaxiales, dada su capacidad de transmisión de información, movilidad y manejo de la calidad de servicio. En este sentido, señala que mientras el alcance de una señal WiFi es de unos 30 a 100 metros, la tecnología WiMax puede llegar a los 50 kilómetros y que, además, su rendimiento ha sido planificado para varios miles de usuarios conectados simultáneamente.

1.13. Señala a continuación que dada la posición dominante que ostenta Telefónica CTC en los mercados de telefonía local y servicio de acceso a Internet de Banda Ancha, esta empresa tiene una responsabilidad cualificada, que conlleva las siguientes restricciones: (i) conocer y prever razonablemente las

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

consecuencias que sus conductas pueden tener en el mercado, evitando aquellas actuaciones que sean contrarias a la competencia y obrar en consecuencia. Lo anterior con el agravante que las empresas de utilidad pública tienen un especial deber de evitar situaciones que puedan perjudicar a los usuarios; (ii) abstenerse de ejecutar conductas típicamente lesivas a la libre competencia, como asimismo conductas que puedan producir o agravar un resultado abusivo; y (iii) valoración de las conductas de la empresa dominante de manera objetiva, lo que significa que su carácter abusivo no dependerá de la intención del autor, sino de los rasgos objetivos del acto en atención a sus resultados.

1.14. Añade que el abuso de procedimientos judiciales o administrativos constituye una infracción al Decreto Ley N°211 y que, en la especie, ha importado la creación de barreras artificiales a la entrada para desafiar los mercados relevantes en análisis y ha afectado el mecanismo de competencia por el mercado, todo lo cuál en definitiva se tradujo en un rezago o demora en la entrada de Telmex para disputar los mercados relevantes de autos, con el consiguiente perjuicio para los consumidores.

1.15. A continuación, Telmex hace presente que tanto las antiguas Comisiones Preventivas y la H. Comisión Resolutiva como este Tribunal, han conocido de casos de abusos de procedimientos judiciales y administrativos contrarios a la libre competencia, y que en particular, dichos organismos establecieron como requisitos para considerar como contrario a la libre competencia el uso de procedimientos administrativos o judiciales, los siguientes: (i) si la denuncia, solicitud o acción carece de fundamento y se presenta en el momento en que el competidor se aprestaba a iniciar operaciones; (ii) si la finalidad explícita de la petición o acción es paralizar las actividades comerciales de un competidor; (iii) el ejercicio de las acciones debe ser inequívocamente encaminado a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia; (iv) que se trate de un conjunto de acciones diversas, muchas veces interpuestas en diversas sedes; y (v) que las acciones deducidas sean objetivamente discordantes, es decir, que el demandante o actor mantenga simultáneamente intereses contradictorios.

1.16. Agrega que las conductas reprochadas a Telefónica CTC son constitutivas de competencia desleal, tipificada en el literal c) del artículo 3 del Decreto Ley N° 211, que se caracteriza en que el autor desea alcanzar, mantener o incrementar una posición de dominio y para ello se vale de métodos o medios ilegítimos, en la especie, el utilizar acciones judiciales, para un fin distinto de aquel previsto por el

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

legislador. En este sentido, hace presente que con fecha 16 de febrero de 2007, se dictó la Ley N° 20.169 que Regula la Competencia Desleal y, que en dicho cuerpo legal, el legislador indicó a título ejemplar actos que deben ser considerados como de competencia desleal, entre ellos: “el ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales con la finalidad de entorpecer la operación de un agente de mercado”.

1.17. Finalmente, Telmex hace presente que la actuación de Telefónica CTC es aún más reprochable, desde que ella tenía pleno conocimiento de lo que este Tribunal resolvió con fecha 17 de marzo de 2005, ante una demanda de ENTEL Telefonía Local S.A. contra la SUBTEL, precisamente sobre el concurso convocado por ésta respecto de WiMax, donde se señaló que la iniciación de dicho proceso tuvo como consecuencia el retardo de un concurso público convocado por la SUBTEL y que pudo haber tenido por objeto obstaculizar, o a lo menos retardar, la entrada de nuevos competidores al mercado de la telefonía inalámbrica.

1.18. En mérito de lo descrito, Telmex solicita a este Tribunal tener por deducida demanda en contra de Telefónica CTC, admitirla a tramitación y, en definitiva, acogerla en todas sus partes, declarando:

1.18.1. Que Telefónica CTC ha infringido el Decreto Ley N°211, incurriendo en prácticas contrarias a la libre competencia, específicamente de competencia desleal;

1.18.2. Aplicar a Telefónica CTC una multa en beneficio fiscal por una suma equivalente a 18.000 Unidades Tributarias Anuales o en subsidio, la suma que este Tribunal considere pertinente de acuerdo a la gravedad de la conducta sancionada y demás agravantes que concurren en la especie; y

1.18.3. Condenar en costas a Telefónica CTC.

2. Con fecha 9 de abril de 2008, a fojas 74, Telefónica CTC contestó la demanda de autos, solicitando su rechazo, con expresa condena en costas, por los siguientes antecedentes y argumentos:

2.1. En primer lugar, Telefónica CTC señala que la facultad que toda persona tiene de acudir ante los tribunales de justicia para reclamar la protección de sus



**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

derechos, constituye un elemento esencial de todo Estado de Derecho. En ese sentido, explica que la propia Constitución Política de la República garantiza esta facultad expresamente en sus artículos 19 N°3 y 76, señalando que toda persona tiene asegurada igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, y que reclamada la intervención de los tribunales en forma legal y en negocios de su competencia, éstos no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión.

En razón de lo anterior, argumenta que en caso de estimarse que este derecho a la acción no es absoluto, sino que puede estar sujeto a limitaciones, debe tenerse siempre presente que debe tratarse de situaciones muy excepcionales y calificadas, mucho más rigurosas y estrictas que las que restringen el ejercicio de otros derechos de menor rango o importancia. Así, sostiene que en su opinión, el estándar que se exige para calificar de abusivo, y por ende, de ilícito o ilegítimo el ejercicio del derecho a la acción, es considerablemente más estricto que el aplicable a otros derechos garantizados por el ordenamiento jurídico.

2.2. Agrega que este Tribunal en varias de sus sentencias ha resuelto que para la configuración del ilícito de ejercicio abusivo de acciones judiciales, es indispensable que el agente obre con la finalidad única, exclusiva e inequívoca de impedir o retardar la entrada al mercado de un nuevo competidor, resultando evidente, en su opinión, que Telefónica CTC no obró con la finalidad de impedir o retardar la entrada de Telmex al mercado y, menos aún, que éste haya sido su único y exclusivo propósito.

Por el contrario, sostiene que hay al menos dos hechos, indiscutidos e indubitados, que impiden sostener que Telefónica CTC haya actuado con la sola y exclusiva finalidad de impedir o retardar la entrada de Telmex al mercado, y que sería que Telefónica CTC tenía el legítimo interés de invertir en la tecnología WiMax, que era objeto del concurso público, y que tenía la legítima aspiración de que se restableciera la plena vigencia del principio esencial de igualdad entre los concursantes, que había sido ilícitamente quebrantado.

2.3. Con relación a su intención de invertir en la tecnología WiMax, Telefónica CTC señala que tenía un legítimo interés de desarrollar un negocio que consideraba atractivo, dadas las numerosas bondades de esta nueva tecnología y lo relevante que ellas resultan para una empresa del rubro de las telecomunicaciones. Con relación a lo anterior, Telefónica CTC hace presente

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

que, por ejemplo, la plataforma WiMax permitiría a Telefónica CTC prestar sus servicios de telefonía fija y de banda ancha en aquellos sectores a los cuales no puede acceder con sus redes de cobre, le permitiría enfrentar el creciente problema de hurto de cables de cobre que conforman su red pública de telefonía fija, y le permitiría ofrecer sus servicios de telefonía y banda ancha en sectores aislados, en que la telefonía móvil es la única opción actualmente disponible, en atención a que la instalación de redes de cobre resultaría excesivamente onerosa.

2.4. Con respecto a su interés de resguardar el principio de igualdad entre los concursantes, hizo presente que Telmex no resultó vencedor del concurso público en cuestión por haber presentado una mejor oferta que ella, sino que, por el contrario, la oferta de dicha empresa fue evaluada con un puntaje incluso inferior que el de Telefónica CTC, de manera que mientras la oferta de Telmex obtuvo 98,103 puntos, la oferta de Telefónica CTC fue calificada con un puntaje de 98,327.

En este sentido, señaló que Telmex se adjudicó la concesión de WiMax debido a que la autoridad reconoció en su favor un derecho preferente que le permitió resultar vencedor. Lo anterior, en su opinión resulta a lo menos cuestionable, dado que la SUBTEL no fue capaz de mostrar ni exhibir ningún antecedente que justificara su decisión de reconocer en favor de Telmex un derecho preferente para adjudicarse el concurso. Según explica, frente a estas anomalías o ilegalidades, hizo lo que cualquier empresa seria y responsable habría hecho, esto es, ejercer las acciones y recursos que la ley franquea, a efectos de que se pusiera pronto remedio a la ilegalidad cometida y se restableciera la vigencia del principio de igualdad.

Así, según Telefónica CTC, habría sido en ese contexto y con dicho preciso fin que interpuso la acción de reclamación prevista en el artículo 13 A de la LGT, en contra de la Resolución Exenta N° 1.548 de 12 de diciembre de 2005, que resolvió el concurso a favor de Telmex, en la cual solicitó que se dejara sin efecto la adjudicación, fundada en el inexistente derecho preferente de Telmex y que, en su reemplazo, se dispusiera que el concurso debía ser resuelto mediante un proceso de licitación, en que Telmex y Telefónica CTC pudieran competir en igualdad de condiciones.

Con relación a lo anterior, indica que al ser dicha reclamación rechazada por el Sr. Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, se vio forzada a deducir los

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

recursos que la ley le concedía para revertir dicha resolución, en la especie, los antes mencionados recursos de apelación y de casación en la forma.

Finalmente, hizo presente que, también con la finalidad de restablecer la vigencia del principio de igualdad de los oferentes, entabló acción de nulidad de derecho público en sede ordinaria, en contra del Oficio Ordinario N° 30.243 de 14 de enero de 2000, que había reconocido ilícitamente un derecho preferente a favor de Telmex, haciendo presente que para obtener un resultado rápido y eficaz en su acción, solicitó al tribunal respectivo que su demanda fuera tramitada con prontitud, de conformidad a las reglas del juicio sumario, solicitud que no fue acogida. Así, y dado que al no tramitarse como juicio sumario se frustraba en gran parte el legítimo propósito perseguido, la acción deducida perdió mayor interés, por lo que una vez adjudicada la concesión a Telmex, se desistió de ella, contando con el expreso consentimiento del Consejo de Defensa del Estado.

2.5. A continuación, Telefónica CTC señala que no puede imputársele abuso alguno, ya que existe una duda más que razonable acerca de la procedencia de las acciones que interpuso.

Así, respecto al recurso de casación en la forma y a los demás recursos que interpuso para revertir la resolución que lo declaró inadmisibles, señala que existían múltiples antecedentes que justifican plenamente su interposición, como (i) que la propia LGT da a entender que la resolución del Ministro de Transportes y Telecomunicaciones es una sentencia de primera instancia, impugnables, por ende, a través del recurso de casación en la forma; (ii) que el Excmo. Tribunal Constitucional ha fallado expresamente que al dictar este tipo de resoluciones, el referido Ministro actúa como tribunal de primera instancia que ejerce jurisdicción y cuyas resoluciones son revisadas en segunda instancia por otro tribunal; (iii) que en la propia historia de la LGT quedó claro que el mismo Ministro actuaba como tribunal especial, y que, por ende, sus resoluciones eran impugnables a través de los recursos procesales ordinarios; y (iv) que toda la doctrina moderna, nacional y extranjera, se encuentra plenamente conteste en que una autoridad eminentemente ejecutiva sí puede ejercer funciones jurisdiccionales.

Por su parte, respecto a la demanda de nulidad de derecho público entablada, señala que también se encuentra avalada por una duda más que razonable acerca de su procedencia y de la situación jurídica impugnada, ya que tal como señaló con anterioridad, la SUBTEL incluyó a Telmex dentro de la nómina de las

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

empresas con derecho preferente para adjudicarse la concesión, sin exhibir ningún documento que justificara materialmente dicha decisión. Así, en su opinión, dicha decisión administrativa se encontraba irremediablemente viciada, por carecer de la más mínima motivación, requisito esencial para su validez.

2.6. Agrega la demandada que no puede entenderse que haya existido abuso de su parte, ya que todas las acciones que interpuso son coherentes entre sí, por lo que no existe la contradicción que denuncia Telmex.

En relación con lo anterior, señala que en la demanda interpuesta ante el juzgado civil, se atribuyó al Ministro de Transportes y Telecomunicaciones la calidad de autoridad administrativa, pues la Resolución Exenta N° 1.548, que adjudicó a Telmex el concurso público, fue dictada por el Ministro inequívocamente en ejercicio de la función administrativa, mientras que en los recursos de apelación y casación en la forma, se atribuyó a dicho Ministro la calidad de tribunal, justa y precisamente porque al fallar, a través de su Resolución Exenta N° 178, el recurso de reclamación interpuesto por ella, dicha autoridad actuó como juez, y no ya como ente administrativo.

Según Telefónica CTC, lo anterior lo hizo debido a que en la historia de la LGT se dejó expresa constancia de que el acto que adjudica la concesión es de naturaleza administrativa, mientras que el acto que resuelve el recurso de reclamación que se interpone en contra de la resolución que adjudica la concesión, es de naturaleza jurisdiccional.

2.7. A continuación, Telefónica CTC hace presente que bajo ningún respecto las acciones interpuestas eran aptas para impedir o retrasar la entrada de Telmex al mercado, requisito indispensable para que exista un abuso de acciones judiciales sancionable a la luz de las normas sobre libre competencia.

En este sentido, señala que en ninguna de las presentaciones que efectuó ante las autoridades competentes, se solicitó excluir a Telmex del concurso, para impedir que dicha empresa pudiera adjudicarse la concesión objeto del mismo, sino que simplemente se solicitó que el concurso fuera resuelto a través de un proceso de licitación, en que Telmex y Telefónica CTC pudieran competir en igualdad de condiciones.

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Asimismo, hace presente que la demanda de nulidad de derecho público no tuvo por propósito retrasar el concurso y la adjudicación que se hizo del mismo a Telmex, ya que como se sabe, la sola presentación de una demanda de tal naturaleza no acarrea la suspensión del acto administrativo impugnado. Asimismo, Telefónica CTC hace presente que no solicitó que se suspendiera la referida adjudicación y que ella misma instó para que dicha acción fuera tramitada conforme a las reglas del juicio sumario, lo que, en su opinión, daría cuenta de su afán de agilizar la resolución del asunto sometido al conocimiento del tribunal ordinario.

Por otro lado, señala que el recurso de casación en la forma interpuesto por ella tampoco era apto para retardar la resolución definitiva del concurso, ya que de conformidad con el inciso primero del artículo 798 del Código de Procedimiento Civil, el recurso de casación en la forma, de haberse declarado admisible, debía verse y fallarse conjunta y simultáneamente con el recurso de apelación que también se había interpuesto.

2.8. Con respecto a la tardanza en la tramitación del concurso público, Telefónica CTC hace presente que en ningún caso podría atribuírsele a ella, ya que es necesario considerar que el mismo estuvo paralizado casi siete meses, a consecuencia de una medida precautoria solicitada por Entel y a la pasividad de la autoridad reguladora y porque las propias actuaciones de Telmex causaron una demora de varios meses.

Con relación a lo anterior, hace presente que Telmex, al no ser incluida originalmente en la nómina de los participantes con derecho preferente, dedujo un recurso de protección ante la Il. Corte de Apelaciones de Santiago, solicitando ser incluida en dicha lista, lo que finalmente consiguió, pero sólo después de siete meses y medio. En opinión de Telefónica CTC, lo relevante de la sentencia de dicha Il. Corte es que obligó a publicar nuevas bases y a que comenzara nuevamente, desde cero, el concurso público, lo que sólo ocurrió el día 1° de julio de 2005. Así, los nueve meses que habrían transcurrido desde el inicio del concurso hasta la fecha en que se publicaron las nuevas Bases, son atribuibles exclusivamente al recurso de protección deducido por Telmex.

2.9. Finalmente, Telefónica CTC opuso excepción de prescripción respecto de todas aquellas acciones, recursos o hechos en general que hubiesen sido entablados, ejercidos o ejecutados con anterioridad a dos años contados hacia

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

atrás desde la interposición de la demanda de marras, efectuada el 11 de marzo de 2008 o, en su defecto, desde la fecha de la notificación de la misma, efectuada el 20 de marzo del mismo año.

2.10. Por todas estas consideraciones, Telefónica CTC solicita tener por contestada la demanda de autos y rechazarla en toda sus partes, con expresa condena en costas;

3. A fojas 127, con fecha 12 de junio de 2008, se recibió la causa a prueba. Con fecha 15 de julio de 2008, a fojas 137, al acogerse el recurso de reposición de la demandante, se fijaron los siguientes hechos substanciales, pertinentes y controvertidos:

- (1) Estructura y características del o los mercados en que incidirían las conductas denunciadas en autos y evolución de la participación de las partes en los mismos, desde el año 2003 a la fecha; y
- (2) Efectividad que Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. haya incurrido en las conductas imputadas en la demanda de autos con el objeto de excluir competidores del o los mercados afectados o de retardar o entorpecer su entrada a los mismos.

4. Prueba documental rendida por la parte demandante:

4.1. Copia autorizada de expediente de la causa caratulada “Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. con Fisco de Chile”, Rol N° 16.336-05, del Segundo Juzgado Civil de Santiago, sobre nulidad de derecho público (fojas 1016).

4.2. Copia de documento titulado “Estudio de Nuevas Tecnologías (WIMAX, FSO, HAPS y UWB), elaborado por R&M International Consulting Group Ltd. (fojas 1324).

4.3. Copia de artículo de los señores Jeffrey H. Rohls, Charles L. Jackson y Tracey E. Kelley del National Economic Research Associates, Inc., denominado “*Estimate of the Loss to the United States Caused by the FCC’s Delay in Licensing Cellular Telecommunications*” (fojas 1324).

4.4. Informe en Derecho elaborado por don Iván Aróstica Maldonado, titulado “De las oposiciones administrativas a las solicitudes de concesión en la Ley General de Telecomunicaciones” (fojas 1324).

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

- 4.5. Copia de Memoria Anual de Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. correspondiente al año 2006 (fojas 1324).
- 4.6. Copia de declaración pública del Sr. Sergio Espejo, Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, de fecha 7 de noviembre de 2006 (fojas 1324).
- 4.7. Copia de recurso de hecho interpuesto por Telefónica CTC en autos sobre reclamación de oposición a la asignación interpuesta por ella en contra de la resolución Exenta N° 1548 (fojas 1383).
- 4.8. Copia de Ordinario N° 37483/DJ131/06 de 17 de julio de 2006, que da cuenta de informe del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones al recurso de hecho individualizado en el número anterior (fojas 1383).
- 4.9. Copia de escrito de 22 de junio de 2006, mediante el cual el Consejo de Defensa del Estado se hace parte en el recurso de hecho individualizado en el número 4.7 anterior (fojas 1383).
- 4.10. Copia de sentencia de la ltima. Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 20 de septiembre de 2006, que rechazó el recurso de hecho individualizado en el número 4.7 anterior (fojas 1383).
- 4.11. Informe en Derecho elaborado por los abogados Ricardo Rivero Ortega y Fernando Carbajo Cascón, de la Universidad de Salamanca, España (fojas 2180).
- 4.12. Copia de Resolución N° 686 de la H. Comisión Resolutiva (fojas 2406).
- 4.13. Copia de documento denominado "Resultados Consolidados, 4° trimestre 2003" de Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. (fojas 2406).
- 4.14. Copia de Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, de agosto de 2005, en contra de Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. (fojas 2406).
- 4.15. Copia de documento denominado "Resultados Financieros Consolidados, 1er trimestre 2006" de Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. (fojas 2406).
- 4.16. Copia de la Sentencia N° 45 de este Tribunal (fojas 2406).
- 4.17. Copia de documento denominado "Roadshow Telefónica Chile. June 2007" de Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. (fojas 2406).
- 4.18. Copia de documento denominado "Resultados Financieros Consolidados, 4° trimestre 2007" de Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. (fojas 2406).

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

- 4.19. Prospecto para la emisión de efectos de comercio de la Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A., de febrero de 2006 (fojas 2406).
- 4.20. Copia de documento denominado “Resultados Financieros Consolidados, 3er trimestre 2008” de Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. (fojas 2406).
5. Prueba documental rendida por la parte demandada:
- 5.1. Copia de sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional de 22 de noviembre de 1993 (fojas 320).
- 5.2. Copia de “Segundo Informe de la Comisión de Transportes y Telecomunicaciones del Senado”, recaído en el Proyecto de Ley que incorporó el actual artículo 13 A en la Ley General de Telecomunicaciones (fojas 320).
- 5.3. Copia de solicitud del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones ante este Tribunal, que dio origen a la causa Rol N° 246-08 (fojas 575).
- 5.4. Copia de escrito presentado por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones en la causa Rol N° 246-08 (fojas 575).
- 5.5. Copia de escrito presentado por Telefónica CTC en la causa Rol N° 246-08 (fojas 575).
- 5.6. Copia de presentación titulada “Barómetro Cisco de Banda Ancha Chile 2005-20010, resultados a diciembre de 2007”, elaborada por IDC Latin America (fojas 575).
- 5.7. Copia de documento titulado “Situación en Chile en Materia de Precios de la Banda Ancha”, elaborado por Jorge Quiroz y Alfredo Barriga (fojas 575).
- 5.8. Copia de los Decretos Supremos N° 75 y 76 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, publicados en el Diario Oficial el 16 de mayo de 2007 (fojas 671).
- 5.9. Copia de carta de 2 de febrero de 2007, enviada por Humberto Soto Velasco, Vicepresidente de Regulación y Mayorista de Telefónica CTC a don Pablo Bello Arellano, Subsecretario de Telecomunicaciones (fojas 671).
- 5.10. Copia de artículos de prensa publicados durante el año 2006 (fojas 671).
- 5.11. Copia de demandas presentadas ante la Comisión Federal de Competencia en México por Telefónica México en contra de Telmex (fojas 699)



**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

- 5.12. Copia de publicación efectuada por la SUBTEL en el Diario Oficial de 14 de diciembre de 2004, que suspendió el concurso público para otorgar concesiones WiMax (fojas 795).
- 5.13. Copia de la Resolución Exenta N° 696 de la SUBTEL publicada en el Diario Oficial de 1 de julio de 2005, por la que se reanudó el concurso público para otorgar concesiones WiMax (fojas 795).
- 5.14. Copia de sentencia de la Il. Corte de Apelaciones de Santiago en los autos Rol N° 8140-04 (fojas 795).
- 5.15. Copia de escrito de 17 de agosto de 2006, presentado conjuntamente por el Consejo de Defensa del Estado, Telmex y Telefónica CTC, solicitando la suspensión de la vista del recurso de hecho Rol N° 4726-06 de la Il. Corte de Apelaciones de Santiago (fojas 795).
- 5.16. Copia de reclamación de oposición a asignación, interpuesta por Telefónica CTC con fecha 29 de diciembre de 2005, en contra de la Resolución Exenta N° 1548 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que asignó la concesión WiMax para el territorio nacional a favor de Telmex (fojas 795).
- 5.17. Copia de la Resolución Exenta N° 178 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que rechazó la reclamación interpuesta por Telefónica CTC con fecha 29 de diciembre de 2005 (fojas 795).
- 5.18. Copia de escrito presentado por Telefónica CTC ante el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones con fecha 15 de marzo de 2006, interponiendo recursos de casación en la forma y apelación en contra de la Resolución Exenta N° 178 de dicho Ministerio (fojas 795).
- 5.19. Copia de la Resolución Exenta N° 497 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que se pronuncia acerca de la presentación individualizada en el número precedente (fojas 795).
- 5.20. Copia de la Resolución Exenta N° 747 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que se pronuncia acerca de recurso de reposición interpuesto por Telefónica CTC (fojas 795).
- 5.21. Copia de Sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional, de 6 de septiembre de 2007 (fojas 2575).
- 5.22. Copia de Sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional, de 26 de marzo de 2007 (fojas 2575).
- 5.23. Copia de la Resolución N° 529 de la H. Comisión Resolutiva, de 9 de septiembre de 1998 (fojas 2575).
- 5.24. Copia de la página 144 del Tomo II del tratado sobre “Los Derechos Constitucionales”, de don Enrique Evans de la Cuadra (fojas 2575).

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

- 5.25. Copia de las páginas 47 a 49 y de la 59 a la 63 del libro “La Competencia” de don Juan Colombo Campbell (fojas 2575).
- 5.26. Copia de la página 173 del libro “Teoría del Gobierno” de don José Luís Cea Egaña (fojas 2575).
- 5.27. Copia de la página 31 del Tomo I del “Manual de Derecho Procesal” de don Mario Casarino Viterbo (fojas 2575).
- 5.28. Copia de la página 336 del libro “Derecho Político” de don Germán Bidart Campos (fojas 2575).
- 5.29. Copia de las páginas 396 a 398 del libro “Teoría del Estado” de don Francisco Porrúa Pérez (fojas 2575).
- 5.30. Copia de las páginas 112 a 122 del libro “El Derecho Administrativo” de don Rolando Pantoja Bauza (fojas 2575).
6. A fojas 1352, con fecha 20 de agosto de 2008, a solicitud de Telmex, Telefónica CTC exhibió copia de Reclamo de Legalidad interpuesto con fecha 1 de febrero de 2006 ante la Contraloría General de República en contra de Christian Nicolai Orellana, Subsecretario de Telecomunicaciones.
7. A fojas 1399, con fecha 26 de agosto de 2008, absolvió posiciones por la parte demandante don Francisco Sabioncello Corral, Gerente General de Telmex.
8. A fojas 1575, en respuesta al Oficio N° 467 enviado por este Tribunal, la SUBTEL acompañó copias autorizadas del expediente administrativo de casación en la forma y en subsidio apelación, interpuesto el 15 de marzo de 2006 por Telefónica CTC en contra de la Resolución Exenta N° 178, de 2006.
- Esta información fue complementada por Telefónica CTC a fojas 1971.
9. A fojas 2068, en respuesta al Oficio N° 466 enviado por este Tribunal, la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago acompañó copias autorizadas del recurso de hecho N°4726-06, caratulado “Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. contra Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones”.
10. A fojas 2409, con fecha 8 de enero de 2009, Telefónica CTC presentó observaciones a la prueba rendida en autos.

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

11. A fojas 2073, con fecha 25 de noviembre de 2008, el Tribunal ordenó traer los autos en relación. En la audiencia del día 15 de enero de 2009, se llevó a cabo la vista de la causa, alegando los apoderados de las partes.

**CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:**

**EN CUANTO A LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN ALEGADA POR TELMEX:**

**Primero:** Que Telefónica CTC, al contestar la demanda de autos, interpuso excepción de prescripción respecto de todas aquellas acciones, recursos o hechos que hubiesen sido entablados, ejercidos o ejecutados por ella, con anterioridad a dos años contados hacia atrás desde la interposición de la demanda de marras, presentada el 11 de marzo de 2008 o, en su defecto, desde la fecha de su notificación, efectuada el 20 de marzo del mismo año;

**Segundo:** Que, como consideración preliminar, es preciso hacer presente que, tal como lo ha señalado con anterioridad este Tribunal, y según lo dispuesto en el artículo 2518 del Código Civil, en relación con el artículo 2503 del mismo cuerpo legal, el plazo de prescripción se interrumpe con la notificación válida de la demanda, que en la especie, tuvo lugar el día 20 de marzo de 2008;

**Tercero:** Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20, inciso 3º del Decreto Ley N° 211, las acciones por infracción a la libre competencia prescriben en el plazo de dos años, contado desde la ejecución de la conducta en que éstas se fundan. En consecuencia, este Tribunal debe analizar cuándo se deben entender los hechos imputados en autos como “ejecutados”, pues el término o fin de dicha “ejecución” señala el momento en que debe iniciarse el cómputo del plazo de prescripción;

**Cuarto:** Que en la presente causa, Telmex imputa a Telefónica CTC el haber cometido actos de competencia desleal en su contra, con el objeto de mantener o incrementar su posición dominante e impedir, o al menos postergar, el ingreso de una tecnología que compite directamente con el servicio público telefónico que ésta presta. Según Telmex, dichos actos de competencia desleal estarían constituidos por el abuso sistemático de procedimientos administrativos y judiciales por parte de Telefónica CTC, con el fin de dejar sin efecto la adjudicación que obtuvo Telmex de una concesión nacional de servicio público

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

telefónico local inalámbrico en la Banda 3.400-3.600 MHz para la operación de WiMax;

**Quinto:** Que, a juicio de este Tribunal, sólo puede entenderse que la interposición de una determinada acción o recurso judicial se ha “ejecutado”, cuando la tramitación de dicha acción o recurso ha llegado a su fin, ya sea por la dictación de una sentencia de término o porque el actor se desistió de ella. Lo anterior, debido a que mientras siga dicha acción o recurso en tramitación, se manifiesta la intención del actor de seguir ejecutándola;

**Sexto:** Que, por lo anterior, en la especie solamente podrían entenderse prescritas las acciones por atentados a la libre competencia que se deriven de la interposición de aquellas demandas o recursos a las que se haya puesto término, por cualquier causa, con anterioridad al 20 de marzo de 2006;

**Séptimo:** Que, analizados los antecedentes que obran en autos, resulta que a ninguna de las acciones interpuestas por Telefónica CTC se le puso término -en los términos señalados en la consideración Quinta precedente-, antes del 20 de marzo de 2006, por lo que las acciones de libre competencia que de ellas pudieran derivar, al momento de notificarse la demanda de autos, no se encontraban prescritas.

En este sentido, a juicio de este Tribunal, si bien el recurso de reclamación de oposición interpuesto por Telefónica CTC en contra de la Resolución Exenta N° 1.548 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, fue fallado por el Ministro del ramo mediante la Resolución Exenta N° 178, de 2 de marzo de 2006, no puede sostenerse que dicha acción se haya “ejecutado” en esa fecha, dado que en contra de dicha Resolución Exenta, Telefónica CTC presentó un recurso de casación en la forma y en subsidio apelación, siendo este último recurso fallado recién el 3 de noviembre de 2006, según consta a fojas 1572;

Por otra parte, la demanda de nulidad de derecho público presentada por Telefónica CTC el 27 de diciembre de 2005, sólo se puede entender como “ejecutada”, a partir del 25 de enero de 2007, fecha en que el tribunal que conocía de la causa aceptó el desistimiento presentado conjuntamente por el Consejo de Defensa del Estado y Telefónica CTC;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Octavo:** Que, en consecuencia, la excepción de prescripción planteada por Telefónica CTC al contestar la demanda de autos será rechazada;

**EN CUANTO AL FONDO:**

**Noveno:** Que en estos autos, Telmex imputa a Telefónica CTC el haber cometido actos de competencia desleal en su contra, que estarían constituidos por el abuso sistemático de procedimientos administrativos y judiciales por parte de ella, con el fin de dejar sin efecto la adjudicación señalada en la consideración Cuarta precedente. Lo anterior, en opinión de Telmex, con el objeto de mantener o incrementar su posición dominante e impedir, o al menos postergar, el ingreso de una tecnología que compite directamente con el servicio público telefónico que ésta presta;

**Décimo:** Que para resolver la presente causa, es necesario determinar si las acciones y recursos judiciales interpuestos por Telefónica CTC estarían amparadas por sus derechos de petición y acción, o si constituyen, en cambio, conductas que atentan contra la libre competencia;

**Undécimo:** Que, tal como lo resolvió este Tribunal en su Sentencia N° 47, de 5 de diciembre de 2006, para determinar si la interposición de diversas acciones o recursos configuran un atentado a la libre competencia, es preciso dilucidar, entre otras cosas, si las mismas tuvieron por finalidad inequívoca impedir, restringir o entorpecer la entrada de competidores al mercado, y si dichas acciones no tenían una utilidad distinta a la de impedir la entrada de competidores al mercado;

**Duodécimo:** Que es preciso hacer presente que Telefónica CTC sólo interpuso 2 acciones con el fin de dejar sin efecto la adjudicación por parte de Telmex, de la concesión de servicio público telefónico local inalámbrico antes señalada, a saber: (i) el recurso de reclamación de oposición interpuesto en contra de la Resolución Exenta N° 1.548 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que concedió a Telmex dicha concesión en atención al derecho preferente de que habría gozado; y (ii) la demanda de nulidad de derecho público interpuesta el 27 de diciembre de 2005, con el objeto que se declarase la nulidad del Oficio Ordinario N° 30.243 y la Resolución Exenta N° 696, ambos de la SUBTEL, que concedieron a Telmex el referido derecho preferente para adjudicarse la concesión.

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Lo anterior, debido a que tanto el recurso de casación en la forma con apelación en subsidio, como todos y cada uno de los distintos recursos de reposición, apelación y hecho interpuestos por Telefónica CTC, fueron recursos presentados dentro del proceso de reclamación de oposición intentado por Telefónica CTC, con el objeto de dejar sin efecto la referida Resolución Exenta N° 1.548 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones;

**Decimotercero:** Que de los antecedentes allegados al proceso, no puede deducirse que las acciones intentadas por Telefónica CTC hayan tenido por inequívoca finalidad impedir, restringir o entorpecer la entrada de Telmex al mercado.

Por el contrario, a juicio de este Tribunal, obran en autos antecedentes suficientes que acreditan que Telefónica CTC tenía un legítimo interés en adjudicarse la concesión nacional de servicio público telefónico local inalámbrico necesaria para la operación de WiMax, y que Telefónica CTC tenía argumentos al menos atendibles para justificar la procedencia de las acciones y recursos que presentó;

**Decimocuarto:** Que, en efecto, según se desprende de los antecedentes que obran en autos, Telefónica CTC tenía un legítimo y real interés en adjudicarse la concesión nacional necesaria para operar WiMax. En este sentido, resulta especialmente relevante la declaración de don Francisco Sabioncello Corral, gerente general de Telmex, que citado a absolver posiciones a fojas 1399 señaló: *“yo diría que Telefónica sí tenía interés en participar del concurso, para la adjudicación de esas licencias”*, para más adelante, al ser preguntado sobre si la tecnología WiMax permite prestar servicios de telefonía local en forma inalámbrica y si ello permite prescindir de los cables de cobre, responder: *“sí”*.

Por lo demás, la propia Telmex reconoció en su demanda que la tecnología WiMax permite prestar el servicio de telefonía local y que una de sus ventajas es su despliegue más rápido que una tecnología de redes como la de par de cobre o fibra óptica;

**Decimoquinto:** Que, por otro lado, el mismo hecho que Telefónica CTC haya participado en el proceso de adjudicación de la concesión de servicio público telefónico local inalámbrico en la banda 3.400 – 3.600 MHz, junto con Telmex, demuestra su intención de adjudicársela. En este sentido, resulta interesante

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

destacar el hecho que actualmente Telefónica CTC cuenta con las concesiones necesarias para prestar servicios WiMax en la XI y XII regiones, las que se encuentran vigentes y son operadas por ella para prestar precisamente un servicio público de telefonía local. De lo anterior dan cuenta los Decretos Supremos N°75 y 76 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, acompañados a fojas 671;

**Decimosexto:** Que, a juicio de este Tribunal, y como ya se adelantó, las diversas acciones y recursos que presentó Telefónica CTC ante distintas reparticiones públicas y tribunales de la República, tenían, al menos, argumentos medianamente atendibles que justifican su interposición;

**Decimoséptimo:** Que, en efecto, tal como consta a fojas 1582 y siguientes, Telefónica CTC fundó la interposición de su recurso de reclamación de oposición a la Resolución Exenta N° 1.548 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que asignó a Telmex la concesión de servicio público telefónico inalámbrico para el territorio nacional, en el hecho de que tal adjudicación se confirió en atención a que Telmex habría gozado de un derecho preferente para tales efectos, argumentando que de conformidad a la ley, dicha empresa no detentaba derecho preferente alguno en ese concurso público.

Según Telefónica CTC, el citado derecho preferente se encontraba viciado desde su origen, dado que el Oficio Ordinario N° 30.243 de 14 de enero de 2000, de la SUBTEL, que lo concedió, no contenía análisis alguno acerca de si la solicitud de Telmex –en esa época Chilesat S.A.- cumplía o no con los requisitos que la LGT exige al efecto. Así, en opinión de Telefónica CTC, el referido Oficio Ordinario carecía por completo de motivación, elemento que a su juicio sería de la esencia de dicho acto administrativo;

**Decimoctavo:** Que, de lo anterior, resulta claro que si bien los argumentos jurídicos esgrimidos por Telefónica CTC para fundar su recurso de reclamación de oposición pueden resultar discutibles –a tal punto que el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones lo rechazó mediante la Resolución Exenta N° 178 de 2 de marzo de 2006-, lo cierto es que Telefónica CTC fundó su recurso en un hecho cierto, a saber, que la SUBTEL reconoció a Telmex un derecho preferente para adjudicarse la concesión de servicio público telefónico inalámbrico que la habilitó para operar la tecnología WiMax a nivel nacional. A juicio de estos sentenciadores, este sólo hecho acredita que Telefónica CTC no tuvo por finalidad inequívoca y

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

única impedir, restringir o entorpecer la entrada de Telmex al mercado y ello se ve reforzado fuertemente por el hecho que la referida preferencia no le fue otorgada a Telmex originalmente por la SUBTEL, por lo que dicha empresa debió interponer un recurso de protección contra dicho ente para obtener tal preferencia, lo que demuestra que tal preferencia no era evidente e indiscutible y Telefónica CTC habría tenido motivo plausible para litigar;

**Decimonoveno:** Que lo mismo se puede decir con relación al recurso de casación en la forma que Telefónica CTC presentó en contra de la Resolución Exenta N° 178 del Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, que rechazó el recurso de reclamación de oposición indicado precedentemente, y de los distintos recursos presentados con el objeto que dicha casación en la forma fuera acogida. Lo anterior, por cuanto si bien jurídicamente no es clara la procedencia de dicho recurso en contra de una Resolución Exenta del Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, lo cierto es que a estos autos Telefónica CTC acompañó variados y extensos antecedentes que al menos permiten discutir su procedencia (fojas 155 bis, 180, 2445, 2505, 2543 y 2548 a 2574). Lo anterior, a juicio de este Tribunal, también acreditaría que Telefónica CTC no tuvo por finalidad inequívoca impedir, restringir o entorpecer la entrada de Telmex al mercado;

**Vigésimo:** Que, finalmente, tampoco resulta atendible sostener que Telefónica CTC haya tenido, con la interposición de su demanda de nulidad de derecho público, como inequívoca finalidad el impedir, restringir o entorpecer la entrada de Telmex al mercado, por cuanto dicha acción tenía por objeto que se declarara la nulidad de los actos administrativos que otorgaron a Telmex un derecho preferente para adjudicarse la concesión necesaria para operar WiMax a nivel nacional y, como ya se señaló, las razones por las cuales se otorgó tal derecho eran al menos jurídicamente discutibles;

**Vigésimo primero:** Que atendido lo expuesto, y dado que no se ha acreditado en autos que Telefónica CTC haya ejercido las acciones y recursos administrativos y judiciales individualizados precedentemente con la finalidad inequívoca de impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, la demanda debe ser necesariamente rechazada;

**Vigésimo segundo:** Que se condenará en costas a la demandante por haber sido totalmente vencida.



**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Y TENIENDO PRESENTE** lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 3º y 26º del Decreto Ley Nº 211, **SE RESUELVE:**

**I.- EN CUANTO A LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN ALEGADA POR TELEFÓNICA CTC:**

**RECHAZAR** la excepción de prescripción interpuesta por Telefónica CTC al contestar la demanda de autos;

**II.- EN CUANTO AL FONDO:**

**RECHAZAR** la demanda de fojas 7 interpuesta por Telmex Servicios Empresariales S.A. en contra de Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A., con costas.

Notifíquese y archívese en su oportunidad.

Rol C Nº 155-08

Pronunciada por los Ministros señores Eduardo Jara Miranda, Presidente, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Tomás Menchaca Olivares y Sra. María de la Luz Domper Rodríguez. Autorizada por el Secretario Abogado Sr. Javier Velozo Alcaide.